

Advies in de zaak 3938_807, Bouwbedrijf De Vries en Verburg B.V.

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn (secretaris) en mr R.J. Hekket.

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 25 oktober 2006 in zaaknummer 3938_807 (hierna: het besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat Bouwbedrijf De Vries en Verburg B.V. (hierna: De Vries) inbreuk heeft gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81, eerste lid, EG.¹
2. Op grond van de vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG heeft de Raad een boete opgelegd aan De Vries en aan Beheermaatschappij IJzermans B.V.
3. Tegen het besluit werd op 5 december 2006 een bezwaarschrift ingediend.² Op 22 december 2006 werden aanvullende gronden ingediend.³
4. Bij brief van 7 mei 2007 werd aan de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 19 juni 2007 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 19 juni 2007 vond deze hoorzitting plaats waarbij de partijen en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: prof. mr J.H. Jans, (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn (secretaris) en mr R.J. Hekket.
5. Het verslag van de hoorzitting werd op 20 juli 2007 aan partijen rondgestuurd.

2. Besluit

6. Het besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

3. Bezwaren en beoordeling

Deelname aan de overtreding

7. De Vries voert een bewijsverweer.⁴

Beoordeling

8. Allereerst wenst de Adviescommissie de Raad in overweging te geven het betoog van de Raad zoals geformuleerd in de zienswijze, voor zover de in de zienswijze gegeven overwegingen niet voldoende verwoord zijn in het besluit, in het besluit op bezwaar op te nemen, teneinde de bewijsvoering voor bezwaarde nader te specificeren en daarmee voor bezwaarde inzichtelijker te maken.
9. Zij interpreteert het bezwaar van De Vries mede als een bezwaar tegen de zgn. "2+2" bewijsregel. Daarnaast ziet het bezwaar op de beoordeling van het concrete bewijs

¹ Prismanummer 3938_807/.

² Prismanummer 3938_807/.

³ Prismanummer 3938_807/35.

⁴ Paragrafen A en B van de aanvullende gronden.

van deelname aan de algemene structuur van verboden vooroverleg in het geval van De Vries. De Vries stelt daarnaast dat de door de Raad aangevoerde bewijsvoering niet zou aantonen dat de onderneming heeft deelgenomen aan verboden vooroverleg.

10. De Adviescommissie kan De Vries in dit betoog niet volgen. Blijkens het dossier staat vast dat er in de periode 1998-2001 sprake was van een algemene structuur van verboden vooroverleg. Op grond van de vrije bewijsleer heeft de NMa beleid gevormd om te bepalen in hoeverre individuele ondernemingen aan die structuur hebben deelgenomen. De "2+2"-regel maakt hier deel van uit. Het voldoen aan de "2+2"-regel maakt het aannemelijk dat de onderneming aan de algemene structuur van verboden vooroverleg heeft deelgenomen, behoudens tegenbewijs.
11. Het bezwaar tegen de "2+2"-regel dient te worden verworpen.
12. De Adviescommissie heeft bovendien kennisgenomen van de overwegingen van de Raad in het besluit⁵ en de zienswijze⁶ op grond waarvan de Raad concludeert tot deelname van De Vries aan de algemene structuur van verboden vooroverleg.
13. Deze overwegingen en de zienswijze versterken, naar het oordeel van de Adviescommissie, de aannemelijkheid dat de onderneming heeft deelgenomen aan de algemene structuur van verboden vooroverleg.
14. Vervolgens dient te worden beoordeeld of De Vries in het leveren van voldoende tegenbewijs is geslaagd.
15. Ten aanzien van het project Rorema Leidschendam acht de Adviescommissie het betoog van De Vries in zoverre niet onaannemelijk dat dit de Raad in de ogen van de Adviescommissie noopt de bewijsvoering ten aanzien van de deelname aan verboden vooroverleg nader te motiveren.
16. Ten aanzien van het project Dekker Tankopslag lijkt het bezwaar op een verkeerde lezing van de brief van 20 december 2001 door de gemachtigde te berusten. De ontkenning in randnummer 24 van de pleitaantekeningen wil de Adviescommissie onjuist voorkomen, nu de geciteerde zin wel degelijk in genoemde brief te lezen is.
17. Ten aanzien van het project Hal Waddinxveen kan het betoog van De Vries evenmin overtuigen, nu de verklaringen in het dossier het aannemelijk maken dat er vooroverleg heeft plaatsgevonden. Die vaststelling is voor de Adviescommissie aanleiding om aan de hoogte van de inschrijfbedragen van de nummers 2 en volgende slechts geringe waarde te hechten. Het betoog van De Vries dat uit die cijfers zou kunnen worden geconcludeerd, dat er geen vooroverleg heeft plaatsgevonden, wordt door de Adviescommissie dan ook niet gevolgd.
18. De bezwaren dienen voor het overige te worden verworpen.

Verjaring

19. De Vries stelt dat de gedragingen zijn verjaard.⁷

Beoordeling

⁵ Zie de randnummers 15-20 van het besluit.

⁶ Zie de randnummers 50-60 van de zienswijze.

⁷ Paragraaf C van de aanvullende gronden.

20. In het besluit heeft de Raad op goede gronden vastgesteld dat de overtreding tot en met 31 december 2001 heeft geduurd.⁸ Tot aan de datum van het besluit van 25 oktober 2006 zijn geen vijf jaren verstreken.

21. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Ijkjaar

22. De Vries maakt bezwaar tegen het hanteren van het ijkjaar 2001.⁹

Beoordeling

23. Aangezien de Raad aan De Vries ter hoorzitting heeft toegezegd de door De Vries nader over te leggen stukken bij de heroverweging te zullen betrekken, behoeft dit bezwaar geen bespreking.

Slotoverweging

24. Voor zover naast de hiervoor besproken bezwaren nog andere bezwaren zouden kunnen worden gelezen, ontberen deze bezwaren voldoende zelfstandige betekenis om in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen zelfstandig te worden besproken, dan wel acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

4. Slotsom en Advies

25. De bezwaren dienen te worden toegewezen en verworpen in voege als voormeld.

W.g.

Prof. mr J.H. Jans

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 3938_807

Voorzitter

W.g.

dr J.F. Appeldoorn

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 3938_807

Secretaris

-/-

⁸ Zie ook randnummer 10 van dit advies.

⁹ Paragraaf D van de aanvullende gronden.